

Die Grundschuld als Sicherung.

Inaugural-Dissertation

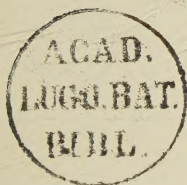
zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Heinrich Schieb

Referendar.



Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der
Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Einleitung	1
Erster Teil.	
Die Bestellung einer Grundschild zur Sicherung einer Forderung.	
§ 2. Vorbemerkung	3
§ 3. Begriff und Wesen der Grundschild nach dem Bürger- lichen Gesetzbuche	4
§ 4. Einfluß der Forderung auf die zu ihrer Sicherung be- stellte Grundschild	8
§ 5. Insbesondere die Einreden gegen die Grundschild aus §§ 1157, 1192 BGB.	14
§ 6. Die Abtretung der Grundschild ohne die gesicherte Forderung	17
Zweiter Teil.	
Die Abtretung einer Grundschild zum Zwecke der Sicherung einer Forderung.	
§ 7. Vorbemerkung	26
§ 8. Begriff und Wesen der fiduziarischen Geschäfte im allgemeinen	27
§ 9. Die Sicherungszession im besonderen	29
§ 10. Theorien über das Wesen der Sicherungszession	31
1. Theorie der vollen Rechtsübertragung	31
2. Theorie des geteilten Eigentums (Gläubigerrechts)	33
3. Andere Ansichten	34
§ 11. Stellung des Reichsgerichts zu den Theorien	37
§ 12. Sicherungszession und Forderungspfandrecht	39
§ 13. Die rechtliche Gültigkeit der Sicherungszession	41
a) Der Einwand der Simulation ist unberechtigt	42
b) Auch der Vorwurf der Gesetzesumgehung greift nicht durch	44
§ 14. Die Verfügungsbefugnis des Gläubigers über das Haftobjekt	46
§ 15. Schluß	49

Literaturverzeichnis.

- v. Asseburg-Neindorf, Cessio in securitatem. Diss. Greifswald 1902.
- Berolzheimer, Die fiduziarische Zession. Diss. München 1908.
- Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl.
- Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Berlin 1903.
- Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
- Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.
- Dernburg, Das Pfandrecht. Bd. 1. Leipzig 1860.
- Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl.
- Dernburg, Pandekten. 6. Aufl.
- Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1904.
- Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl.
- Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1. u. 2. Aufl.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 2, 24, 25, 30, 37, 48, 57, 60, 63, 68.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen Bd. 25, 26, 34, 36, 37, 48.
- Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 6. Aufl.
- Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1902.
- Fitting, Konkursordnung. 2. Aufl.
- Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902.
- Güthe, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1911.
- Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Mannheim 1895.
- Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. Mannheim 1898.
- Hertz, Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte. Erlanger Diss. Borna-Leipzig 1905.

- Jaeger, Konkursordnung.
Juristische Wochenschrift. Jahrgänge 1898—1904.
Kohler in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen
römischen und deutschen Privatrechts Bd. 16 S. 91 ff.
Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 3.
Kretzschmar, Grundbuchrecht. Bd. 1.
Lilienthal in der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 542.
Linckelmann im Archiv für das bürgerliche Recht Bd. 7.
Meyer, Das fiduziarische Sicherungsgeschäft. Diss. Greifswald
1908.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht.
Oertmann, Die fiducia. 1890.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl.
Predari, Grundbuchordnung.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des
Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Puntschart, Grundsuldbegriff des deutschen Reichsrechts
in Gesetz und Literatur. Graz 1900.
Das Recht. Jahrg. 1905 S. 632 ff., 661 ff.
Riedel, Das Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleichung mit dem
preußischen Recht.
Regelsberger im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 63.
Regelsberger, Pandekten.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.
Skonietzki in Gruchots Beiträgen Bd. 27 u. 44.
Staub, Kommentar zur Wechselordnung.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. und
6. Aufl.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen
Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungs-
bestimmungen. Bd. 1. 3. Aufl. 1906.
Weidemann in der Deutschen Juristenzeitung 1906 S. 1000 ff.
Willenbücher, Konkursordnung. 2. Aufl. 1896.
Wilutzki in der Deutschen Juristenzeitung. 1901.

§ 1.

Einleitung.

Bei Verfolgung des wirtschaftlichen Zwecks realer Sicherung, die dem Gläubiger eine Garantie für die Befriedigung seiner persönlichen Forderung bieten soll, wird der Kreditbedürftige in der Regel auf den Weg der Verpfändung oder Hypothekenbestellung verwiesen. In selteneren Fällen wird er sich an Stelle der Hypothekenbestellung der Bestellung einer Grundschild bedienen. Oft aber ist ihm mit diesen Sicherungsmitteln wenig gedient. Ein Grundstück besitzt er nicht, und wenn er es besitzt, ist es schon hoch belastet. Die Verpfändung aber setzt voraus, daß er die Sicherungsmittel, vielleicht nur noch sein notwendigstes Hausinventar und Wirtschaftsgerät, dessen Besitz er nicht entbehren kann, aus der Hand gibt.

Auf der anderen Seite wird auch dem Gläubiger der Pfandvertrag in vielen Fällen nicht zusagen, da dieser ihm infolge der Vorschriften über die Begründung des Pfandrechts, über seine Erhaltung, vor allem aber über die Verwertung des Pfandes oft Risiken auferlegt, Vorschriften, deren Beobachtung dem Nichtjuristen schwer wird und deren Nichtbeobachtung doch zur Vereitelung der Sicherung, unter Umständen darüber hinaus zu Schadensersatz führt.

Versagt aber der Pfandvertrag, dann müssen Gesetz und Rechtsprechung andere Rechtsbehelfe schaffen, wenn sie ihrer Aufgabe, den wirtschaftlichen Interessen des Volkes genügend Rechnung zu tragen, gebühlich nachkommen wollen.

Es ist dabei nicht immer erforderlich, daß der Gesetzgeber helfend eintritt. In der Regel genügt schon eine vernünftige und einsichtsvolle Rechtsprechung, die nicht am Buchstaben des Gesetzes haftet und das Bestehende geschickt erfaßt und fruchtbringend weiterbildet.

Mit großer Freude muß es begrüßt werden, daß das Reichsgericht in der Tat den wirtschaftlichen Bedürfnissen Rechnung getragen und in der ausgiebigsten Weise neue Bahnen und neue Wege anerkannt hat. Klar und deutlich hat es unter Hinweis auf § 223 Abs. 2 BGB. ausgesprochen, daß auch die Eigentumsübertragung dem Zwecke der Sicherstellung, den Bedürfnissen des Kredits, dienstbar gemacht werden, daß das Eigentum übertragen werden kann lediglich zu dem Zwecke, dem Inhaber einer Forderung Sicherstellung zu verschaffen.¹⁾ Im Anschlusse daran hat dann das Reichsgericht die Übertragung eines jeden Vermögensobjektes seitens des Schuldners auf den Gläubiger zum Sicherungszwecke für eine Forderung für zulässig erachtet. Dieses Vermögensobjekt kann auch eine gewöhnliche Geldforderung sein, es wird auch eine Hypothek oder Grundschuld zediert, so daß ein Forderungsrecht gegen ein Grundstück haftet. Letztere Sicherungsform ist beispielsweise bei den Baugeldgeschäften in Großstädten sehr beliebt.²⁾ Es soll im folgenden gezeigt werden, inwiefern zunächst die Bestellung und weiterhin die Abtretung einer Grundschuld dem Zwecke, der Sicherung einer persönlichen Forderung zu dienen, nutzbar gemacht werden kann.

¹⁾ RG. Bd. 57 S. 177.

²⁾ vgl. Weidemann in DJZ. 1906 S. 1000 ff.

Erster Teil.

**Die Bestellung einer Grundschuld zur
Sicherung einer Forderung.**

§ 2.

Vorbemerkung.

Unter den begrenzten dinglichen Rechten, die an einem Grundstück bestellt werden können, nehmen mit die hervorragendste Stelle die von Dernburg¹⁾ so genannten Grundstückspfandrechte ein, die im Gegensatze zu den anderen derartigen Rechten dem Berechtigten nicht den Gebrauchs- und Nutzungswert, sondern dessen Tauschwert in Gestalt des dinglichen Rechtes dienstbar machen.

Während bis vor nicht langer Zeit die akzessorische Hypothek die allein anerkannte Form des Grundstückspfandrechtes bildete, hat man neuerdings — so für Preußen schon durch das sogen. Eigentumserwerbsgesetz v. 5. 5. 1872 — zum Zwecke der Hebung des Realkredits in Anlehnung an den deutschrechtlichen Gedanken der reinen Sachhaftung den Versuch gemacht, neben diese ältere Rechtsform eine ihrem Begriffe nach selbständige pfandrechtliche Belastung zu setzen. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch ist diesem Beispiele gefolgt und hat in der Grundschuld — und der eine Unterart von ihr bildenden Rentenschuld — eine derartige Grundstücksbelastung neben der Hypothek anerkannt. Bei der Kommissionsberatung²⁾ plante man sogar, davon ausgehend, daß die Grundschuld die natürlichere und einfachere Art des Grundstückspfandrechtes sei, diese als die Hauptform an erster Stelle und erschöpfend zu behandeln und sodann in dem die Hypothek regelnden

¹⁾ Dernburg, Sachenrecht S. 609.

²⁾ Prot. Bd. 4 S. 498.

Titel lediglich auf die dort gegebenen Vorschriften zu verweisen. Die Redaktionskommission des Bürgerlichen Gesetzbuchs arbeitete zwei vollständige Entwürfe des betreffenden Abschnitts aus und stellte in dem einen die Hypothek, in dem anderen die Grundschild voran und unterbreitete sie der Gesamtkommission zur Entscheidung. Die Voranstellung der Grundschild wurde vor allem aus logisch systematischen Gründen verfochten, die der Hypothek wegen der Notwendigkeit der Anknüpfung an das geltende Recht gefordert. Die Kommission für die 2. Lesung entschied sich dann hauptsächlich aus Zweckmäßigkeitsgründen für die Voranstellung der Hypothek, und so ist diese Materie auch im Gesetz behandelt worden.

§ 3.

Begriff und Wesen der Grundschild nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Im preuß. Eigentumserwerbsgesetze v. 5. 5. 1872 war die Grundschild gefaßt als das von einer Forderung unabhängige Recht auf Beitreibung einer Geldsumme aus dem Grundstücke. Der § 1136 des 1. Entw. z. BGB. definierte die Grundschild als eine Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß eine bestimmte Person (Grundstücksgläubiger) berechtigt ist, zu verlangen, daß für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung beigetrieben werde. Der § 1191 BGB. schließlich bestimmt im Einklange mit dem § 1100 des 2. Entw.: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist“ (Grundschild).¹⁾ Hiermit ist die Grundschild

¹⁾ Die vom Gesetzgeber offen gelassene Frage nach der rechtlichen Natur der Grundschild, insbesondere ob sie, wie

in Gegensatz gestellt zur Hypothek, bei der das Gesetz in dem die Vorschriften über die Hypothek einleitenden § 1113 nur noch hinzufügt, daß die Geldsumme dem Berechtigten „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“ zu zahlen ist. Das Gesetz findet also den Unterschied zwischen den beiden Belastungsformen darin, daß die Hypothek eine dem Berechtigten zustehende Forderung voraussetzt, die Grundschild aber, unabhängig von einer solchen, schlechthin die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstücke zum Inhalte hat. Dementsprechend erklärt dann das Gesetz im § 1192 Abs. 1 die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschild für anwendbar, „soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschild eine Forderung nicht voraussetzt“.

Die Hypothek ist prinzipiell als ein akzessorisches Recht gedacht, welches für eine bestimmte Forderung pfandrechtliche Sicherung gewähren soll und in ihrem Bestande als Hypothek vom Bestande und Umfange der Forderung abhängig ist. Am reinsten tritt dieser Charakter bei der Sicherungshypothek (§ 1184 BGB.) hervor. Bei der gewöhnlichen, für den Verkehr bestimmten Hypothek ist dagegen, um ihr die Verkehrsfähigkeit zu erhalten, jener Satz dadurch durchbrochen, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs, der an sich nur dingliche Rechte schützt, auf die miteingetragene Forderung erstreckt ist. Die Verkehrshypothek kann also in der Hand des durch das Grundbuch geschützten gutgläubigen Dritten auch ohne eine zugrunde liegende Forderung bestehen; aber hier wird dann die akzessorische Natur der Hypothek vom Gesetze gemäß § 1138 dadurch gewahrt, daß eine Forderung fingiert wird. Planck¹⁾ sagt hierüber: „Vor-

zahlreiche Kommentatoren annehmen, als eine Realobligation anzusehen ist, muß hier unerörtert bleiben. Letztere Ansicht wird namentlich vertreten von Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 643.

¹⁾ Planck Bd. 3 S. 508; vgl. auch Turnau-Förster

aussetzung für das Bestehen der Hypothek als solcher ist das Bestehen der gesicherten Forderung oder die auf den guten Glauben des Erwerbers gestützte Fiktion ihres Bestehens“.

Die Grundschild dagegen setzt zu ihrem Bestande eine Hauptforderung im Sinne einer persönlichen Forderung nicht voraus. Für das durch die Grundschild bedingte Rechtsverhältnis kommt eine Forderung überhaupt nicht in Betracht. Der Inhalt der Grundschild erschöpft sich in dem abstrakten dinglichen Rechte auf Zahlung einer Geldsumme. Damit ist indes nicht gesagt, daß die Grundschild des Schuldgrundes entbehre. Die Grundschild hat notwendigerweise ebenso wie die Hypothek ein Schuldverhältnis zur Grundlage, jede Schuld hat ihren Grund. Das Gesetz der Kausalität gilt, wie Hachenburg¹⁾ zutreffend bemerkt, hier wie in der ganzen organischen Welt. Nur verhält es sich bei der Grundschild mit dem Schuldgrunde wie bei dem Schuldversprechen des § 780 BGB.; wie ein solches Schuldversprechen ohne Rücksicht auf das ihr zugrunde liegende Schuldverhältnis eine selbständige Verpflichtung des Schuldners zu der versprochenen Leistung begründet, so begründet die Grundschild ohne Rücksicht auf die Schuld, wegen deren sie bestellt ist, den Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück. Bei der Grundschild bildet also der Schuldgrund wie bei dem abstrakten Schuldversprechen nur den Anlaß zu der Bestellung, nicht aber gehört er zu ihrem Inhalte.²⁾

Wenn aber auch, wie erwähnt, die Grundschild von dem Bestande einer persönlichen Forderung

S. 545; Fischer-Schäfer S. 113; and. M. Staudinger Bd. 3 S. 374 und Güthe, GBO.

¹⁾ Hachenburg, Beitr. z. Hypotheken- und Grundschildrecht S. 32.

²⁾ Kretzschmar, Grundbuchrecht S. 420.

vollkommen unabhängig ist, so bedeutet doch die Loslösung nur, daß die Grundschild nicht zur Sicherung einer Forderung bestellt werden muß, daß dieser Zweck rechtlich nicht gefordert wird, nicht, daß die Grundschild nicht tatsächlich die Sicherstellung einer persönlichen Forderung bezwecken **kann**. Mit der abstrakten Natur des dinglichen Rechts ist ein solcher Sicherungszweck ebensoviel vereinbar wie beispielsweise mit der abstrakten Natur des Wechsels. Es können die Beteiligten miteinander vereinbaren, daß die Grundschild zur Sicherung für eine dem Grundschildgläubiger gegen den Grundstückseigentümer zustehende persönliche Forderung bestellt werden soll, und dies wird in der Praxis sogar sehr oft der Fall sein. Für eine Schuld aus einem (verzinsbaren oder unverzinsbaren) Darlehn kann ebensoviel eine Hypothek wie eine Grundschild bestellt werden. Während aber im ersten Falle die Konnexität zwischen der Darlehnsschild und der Hypothek in dem oben angegebenen Umfange besteht, steht die Grundschild ganz auf eigenen Füßen. Sie verliert dadurch nicht ihre selbständige Natur, „sie wird“, wie das Reichsgericht¹⁾ sich ausdrückt, „dadurch nicht zur Hypothek“. Denn die Hypothek nimmt den Sicherungszweck in ihren rechtlichen Inhalt auf, sie ist forderungssichernd ihrem rechtlichen Wesen nach, d. h. mit Rechtszwang. Die Grundschild dagegen ist forderungssichernd nur in dem Sinne wie ein zu Sicherungszwecken gegebener Wechsel. Auch das Verhältnis der Grundschild zu der sie sichernden Forderung ist, um mit Fuchs²⁾ zu sprechen, das der Leistung (Vermögenszuwendung) zum rechtlichen Motive.

Als Grund für diese von einer persönlichen Forderung abstrahierende Form der Grundstücksbelastung

¹⁾ RG. Bd. 60 S. 275.

²⁾ Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 644.

nimmt Puntschart¹⁾ mit Recht an, daß eine möglichst große Verkehrsmöglichkeit erzielt werden sollte, und daß deswegen ein diesem Prinzip entgegenstehendes Schuldverhältnis aus dem Rahmen des Grundschuldrechtes ausgeschieden sei und nicht in Betracht kommen könne. Wie der Wechsel oder das abstrakte Schuldversprechen eine abstrakte obligatorische Verpflichtung darstellt, so ist die Grundsuld eine abstrakte dingliche Schuld.²⁾

Die Grundsuld also, die die modernen Gesetze geschaffen, die Grundsuld, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch geregelt hat, steht unabhängig da von jeder causa. Die Bande, die die Hypothek mit einer zugrunde liegenden Obligation verknüpfen, sind bei ihr zerrissen, mag eine solche bestanden haben oder nicht. Die Grundsuld ist davon losgelöst und wird davon grundsätzlich nicht berührt.

§ 4.

Einfluß der Forderung auf die zu ihrer Sicherung bestellte Grundsuld.

Die Grundsuld wird immer begründet als abstraktes dingliches Recht; der Grund ihrer Herstellung, die persönliche Beziehung zwischen den Kontrahenten findet in dem Begründungsakt nirgends Erwähnung. Sie gelangt dadurch zur Entstehung, daß die Summenbelastung des Grundstücks auf Grund dinglicher Einigung in das Grundbuch eingetragen wird, ohne daß dabei einer etwa vorhandenen persönlichen Forderung im Grundbuch Erwähnung getan wird. Bildet eine solche zwar häufig ihr Motiv, den Rechtsgrund der Grundsuld, so bleibt sie doch bei der dinglichen Belastung völlig außer Betracht und darf im Grundbuch nicht eingetragen werden.

¹⁾ Puntschart, Der Grundsuldbegriff S. 27.

²⁾ Fuchs a. a. O. S. 373 und Endemann, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 883.

Dennoch aber fehlen Wirkungen der persönlichen Forderung auf die Grundschild, wenn sie auch äußerst schwach sind, nicht vollständig. Es kann, wenn die Grundschild zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellt wird, der Fall eintreten, daß dem Grundschildgläubiger gemäß dem für die Bestellung der Grundschild kausalen Rechtsverhältnisse nicht die Summe geschuldet wird, betreffs welcher für ihn ein abstraktes Bekommensollen im Grundbuch eingetragen ist. Man wird hier folgende drei Fälle unterscheiden müssen: Entweder ist die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschild bestellt ist, überhaupt nicht oder nicht in der Höhe wie die Grundschild zur Entstehung gelangt, oder aber die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschild dienen sollte, ist ganz oder teilweise bezahlt worden, oder endlich, die Grundschild wird von vornherein zur Sicherung einer Forderung bestellt, die die Höhe der Grundschild nicht erreicht, indem beispielsweise A dem B an seinem Grundstücke eine Grundschild von 20 000 Mk. zur Sicherung einer Forderung von 10 000 Mk. bestellt. Es entsteht die Frage, welche Wirkung eine solche Diskrepanz auf die Grundschild ausübt. Bezüglich der Hypothek bestimmt § 1163 Abs. 1 BGB.: „Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek“. Da aber die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschild nur entsprechende Anwendung finden sollen, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschild eine Forderung nicht voraussetzt, so kann die Anwendung des § 1163 Abs. 1 BGB. auf die Grundschild gemäß § 1192 BGB. nicht statthaft sein, da die Bestimmung jenes Paragraphen sich gerade daraus erklärt, daß die Hypothek in so

engem Zusammenhange mit einer Forderung steht.¹⁾ Es würde die analogische Anwendung des § 1163 Abs. 1 BGB. mit dem Wesen der Grundschild nicht in Einklang zu bringen sein, da diese eine persönliche Forderung überhaupt nicht voraussetzt, von einer etwa zugrunde liegenden Forderung aber völlig unabhängig ist und allein durch den Bestellungsakt zur Entstehung gelangt, ohne Rücksicht darauf, ob die zugrunde liegende Forderung auch wirklich entstanden ist oder nicht. Es entsteht also keinesfalls analog der Hypothek ipso iure eine Eigentümergrundschild, wenn die Grundschild nicht oder nicht in voller Höhe valutiert worden ist. Das gleiche gilt, wenn die Forderung ganz oder teilweise erloschen ist.

Durch diese Rechtslage tritt jedoch eine wirtschaftliche Unstimmigkeit zuungunsten des Eigentümers ein, die auch rechtlich nicht unberücksichtigt bleiben darf. Der erforderliche Ausgleich der Interessen beider Beteiligten wird bewirkt durch die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.). Denn das Nichtbestehen usw. der Forderung wird nach Maßgabe des Rechts der Schuldverhältnisse auch hinsichtlich der Grundschild insoweit von Einfluß sein können, als die Forderungen den Rechtsgrund für die Bestellung der Grundschild, also für die Bewirkung einer Leistung abgegeben hat. Ist die Forderung überhaupt nicht oder nicht in voller Höhe zur Entstehung gelangt oder ganz oder teilweise wieder erloschen, dann hat der Grundschildgläubiger die Grundschild in der nicht valutierten Höhe ohne rechtlichen Grund erlangt, und zwar auf Kosten des sie bestellenden Grundstückseigentümers, dessen Eigentum durch sie eine unbegründete Beschränkung erleidet. Der Eigentümer wird also gegen den Gläubiger die Einrede der Nichtigkeit der in Beziehung zur Grundschild gesetzten Forderung, die Ungültig-

¹⁾ vgl. RG. Bd. 60 S. 251; so auch die allgemeine Meinung.

keit des die Bestellung der Grundsuld veranlassenden Rechtsgeschäfts, die Einrede der Befriedigung jener Forderung und auch die Einrede, daß wegen nicht erfüllten Vertrages der durch die Grundsuld gesicherte Anspruch nicht gefordert werden kann, geltend machen und damit die in Gestalt der konstituierten Grundsuld ohne Rechtsgrund gewährte Leistung zurückfordern können. Diese Einrede versagt allerdings dann, wenn das Geleistete der §§ 814, 815 BGB. oder wie bei Spielschulden nach § 762 BGB. nicht zurückgefordert werden kann. Bei einer Hypothek charakterisiert sich dieser Einwand in erster Linie als negative Litiskontestation, als ein Bestreiten der Forderung, bei der Grundsuld als ein selbständiger Anspruch, dort liegt ein Einwand, hier eine Einrede vor. In beiden Fällen wird der Gläubiger abzuweisen sein, wenn der Einwand oder die Einrede durchgreift. Bei der Hypothek führt das Nichtbestehen der Forderung ohne weiteres zur Eigentümerhypothek (§ 1163), der Eigentümer kann Widerklage auf Berichtigung des Grundbuchs erheben; bei der Grundsuld verlangt der Eigentümer event. widerklagend seine Leistung zurück. Bei der Hypothek geht dieselbe infolge des Nachweises mangelnder Forderung kraft Gesetzes auf den Eigentümer über, es genügt, widerklagend das Nichtbestehen der Forderung festzustellen, bei der Grundsuld dagegen muß der Gläubiger die Grundsuld gewissermaßen herausgeben, d. h. im Falle der Widerklage in die Umschreibung der Grundsuld auf den Eigentümer willigen. Es wird also nur auf verschiedenen Wegen sowohl bei der Hypothek wie bei der Grundsuld aus Mangel der persönlichen Forderung dasselbe erreicht, nämlich Abweisung der Klage und Heimfall des ausgeschiedenen Grundstückswertes auf den Eigentümer.¹⁾

¹⁾ vgl. Hachenburg, Vorträge S. 262/63.

Das Nichtbestehen der Forderung hat also lediglich zur Folge, daß dem Besteller ein rein persönliches Recht gegen den Gläubiger, aber nicht ohne weiteres ein dingliches Recht erwächst. Ein solcher schuldrechtlicher Anspruch steht aber nur dem Besteller der Grundsuld, nicht einem Sondernachfolger im Eigentum (abgesehen von besonderer Abtretung) zu und kann nur dem ursprünglichen Erwerber der Grundsuld gegenüber, sei es durch Klage oder im Wege der Einrede gegen die dingliche Klage, aus der Grundsuld geltend gemacht werden, nicht auch gegenüber einem dritten Erwerber, mag dieser selbst Kenntnis von dem Fehlen des Rechtsgrundes beim Erwerbe gehabt haben.¹⁾ Die Anwendung des § 1157 (mit § 1192) BGB. auf die dingliche Klage des dritten Erwerbers hinsichtlich der Einrede aus der Forderung erscheint ausgeschlossen, da der Anspruch und demgemäß die daraus sich ergebende Einrede auf das persönliche schuldrechtliche Verhältnis zwischen Besteller und Empfänger der Grundsuld beschränkt ist. Nur wenn ein Fall des § 822 BGB. (unentgeltliche Zuwendung an den Dritten) gegeben oder der Anspruch auf Aufhebung der Grundsuld vorgemerkt ist (§§ 883 Abs. 2, 888 BGB.), kann auch gegenüber dem dritten Erwerber (und zwar gleichviel ob er bösgläubig war oder nicht) die Beseitigung der Grundsuld verfolgt werden.

Ist die Grundsuld von vornherein zu einem höheren Betrage bestellt, als die zu sichernde Forderung sich beläuft, dann wird der Grundstückseigentümer nicht ohne weiteres den die Forderung übersteigenden Betrag der Grundsuld kondizieren können. Es liegt in diesem Falle vielmehr im Sinne der Beteiligten, daß die Grundsuld eine ungeteilte Sicherheit darstellen solle, die für die zu sichernde Forderung in vollem Umfange zu haften

¹⁾ RG. Bd. 68 S. 102; Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 937; JurW. 1901 S. 465 Nr. 17.

habe. Wird die Forderung getilgt, dann ist der Grund der Sicherstellung und damit die causa für die Bestellung der Grundschild weggefallen. Der Grundschildgläubiger hat die Grundschild ohne Rechtsgrund, sie kann vom Eigentümer kondiziert werden.

Ist dagegen der Grundschildgläubiger gezwungen, wegen der zu sichernden Forderung Befriedigung aus der Grundschild zu suchen, und macht er, wozu er an sich berechtigt ist, die Grundschild in voller Höhe geltend, dann wird der Grundstückseigentümer den Überschuß über die dem Gläubiger zustehende Forderung kondizieren können, da er dann um diesen Betrag auf Kosten des Bestellers ungerechtfertigt bereichert ist. Denn der Grund für die Gewährung einer erhöhten Sicherheit ist dann, gleichviel welcher Art er gewesen sein mochte, weggefallen, so daß die Bestimmungen der §§ 812 ff. BGB. in ihre Rechte treten können. Der Eigentümer hat also in diesem Falle nur eine eventuelle *condictio*, einen eventuellen Anspruch entweder auf Herausgabe des die Forderung übersteigenden Erlöses aus der Grundschild oder auf Verzicht oder Übertragung des nicht valutierte Teiles der Grundschild. Diesen Anspruch kann er ebenso wie den in den ersten beiden Fällen nicht nur im Wege der Klage oder Widerklage geltend machen; er berechtigt ihn auch zu einer Einrede gegenüber der Klage aus der Grundschild. Da diese Einrede sich auf ein zwischen dem Eigentümer und ursprünglichen Grundschildgläubiger bestehendes Rechtsverhältnis gründet, kann sie gemäß § 1157 mit § 1192 BGB. auch einem Sondernachfolger des Grundschildgläubigers entgegengehalten werden, sofern dieser nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist.

Es erweist sich hier als notwendig, die Einreden näher zu erörtern, die dem Eigentümer gegen die Grundschild auf Grund eines zwischen ihm und dem ur-

ursprünglichen Grundschildgläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses zustehen.

§ 5.

Insbesondere die Einreden gegen die Grundschild aus §§ 1157, 1192 BGB.

Zunächst sei kurz der Unterschied zwischen Einwendungen und Einreden vorausgeschickt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet Einreden und Einwendungen. Es begreift unter Einreden die Geltendmachung von Gegenrechten, wodurch die Durchführbarkeit des erhobenen Anspruchs, sein Bestehen vorausgesetzt, ausgeschlossen wird.

Um eine Einwendung, nicht Einrede, handelt es sich dagegen da, wo geltend gemacht wird, daß der Anspruch überhaupt nicht zur Entstehung gelangt oder bereits durch Erfüllung erloschen ist.¹⁾

Der § 1157 BGB. handelt von Einreden, und zwar von Einreden, die dem Eigentümer eines Grundstücks auf Grund eines zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen. Es sind dies Gegenrechte, die nicht die Forderung, sondern die dingliche Belastung betreffen, sich ihrem Wesen nach aber als persönliche Rechtsverhältnisse zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger darstellen. In Betracht kommt dabei jede vereinbarte Beschränkung des dinglichen Rechts, z. B. eine mit dem bisherigen Gläubiger vereinbarte Stundung oder die Abrede, daß die Hypothek gelöscht werden sollte, ferner die Verpflichtung des Gläubigers, die Hypothek nicht abzutreten usw. Daß der Eigentümer mit derartigen Befugnissen einer Hypothekenklage dann entgegentreten

¹⁾ Staudinger Bd. 1 Bem. 8 zu § 194 mit Bem. 3 zu § 202; vgl. auch Fischer-Henle Anm. 6 zu § 202.

kann, wenn sie von dem erhoben wird, in dessen Person die Verpflichtung entstand, versteht sich von selbst. Dagegen würde es ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift bei der Natur der Hypothek als **dingliches** Recht zweifelhaft sein, ob dem neuen Gläubiger, gleichviel ob er mit oder ohne bona fides das Recht an sich brachte, Einreden aus einem zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Eigentümer bestehenden **obligatorischen** Rechtsverhältnisse entgegengesetzt werden können, oder ob diese gegen den neuen Gläubiger ebenso unzulässig sind wie gegen einen neuen Eigentümer Einreden auf Grund obligatorischer Verpflichtungen seines Rechtsvorgängers. Auf letzterem Standpunkt stand auch noch der 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 1084). Danach sollte der Grundstückseigentümer die Einwendungen¹⁾ aus dem zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger einer Hypothek bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse gegenüber dem Nachfolger des Gläubigers nicht geltend machen können, auch wenn die Einwendungen sich auf Tatsachen stützen, die dem Sondernachfolger zur Zeit des Erwerbes der Hypothek bekannt waren. Die 2. Kommission dagegen vertrat die Ansicht, daß der an sich durch Ausschluß von Einwendungen gegen den Sondernachfolger zu fördernde Hypothekenverkehr den Anspruch auf Schutz dann verlieren müsse, wenn der Sondernachfolger zur Zeit des Erwerbes der Hypothek gewußt habe, daß seinem Veräußerer gegenüber Einwendungen begründet gewesen seien. Darauf beruht die in das Gesetz eingefügte Vorschrift des § 1157 BGB., wonach eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann, wenn ihm

¹⁾ Hier ist der Ausdruck „Einwendungen“ nicht in dem oben angegebenen technischen Sinne gebraucht.

der gute Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite steht, er insbesondere von den die Einrede begründenden Tatsachen beim Erwerbe der Hypothek Kenntnis gehabt hat.¹⁾

Die Vorschrift des § 1157 BGB. findet gemäß § 1192 auch auf die Grundschuld Anwendung, da hier das Bestehen einer Forderung gänzlich außer acht gelassen ist, die Regel für das Hypothekenrecht vielmehr auch nur für die „Hypothek“, das dingliche Recht, Geltung hat, während die Einreden gegen die Forderung im § 1137 BGB. behandelt sind. Man wird sogar dieser Vorschrift eine besondere Wichtigkeit für die Grundschuld beilegen können, weil die Grundschuld von einer Forderung nicht abhängig ist und daher die dem Eigentümer gegen die Hypothek nach § 1137 BGB. zustehenden Einreden des persönlichen Schuldners gegen die zugrunde liegende Forderung gemäß § 1192 BGB. für die Grundschuld nicht in Betracht kommen.²⁾ Auf Grund derselben kann nämlich unter Umständen dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben sein, zur Begründung einer Einrede obiger Art auf ein neben der Grundschuld bestehendes Forderungsverhältnis zurückzugreifen, was ihm sonst bei der abstrakten Natur der Grundschuld versagt ist.³⁾ Gemäß Satz 2 des § 1157 BGB. ist aber eine derartige Einrede, wie bereits erwähnt, nur demjenigen neuen Gläubiger gegenüber wirksam, der bezüglich des Rechtsverhältnisses, aus dem die Einrede entspringt, nicht bösgläubig ist; er darf die Einrede beim Erwerbe der Grundschuld weder gekannt haben, noch darf sie im Grundbuch eingetragen sein oder aus dem Briefe hervorgehen. Gegenüber dem gutgläubigen Erwerber hat sie keine Kraft.

¹⁾ vgl. Komm.-Prot. Bd. 3 S. 583.

²⁾ Denkschr. zur Reichstagsvorlage S. 221.

³⁾ Staudinger a. a. O. S. 459.

§ 6.

Die Abtretung der Grundschild ohne die gesicherte Forderung.

Es bedarf schließlich noch die Frage einer Erörterung, ob in dem Falle, wo die Grundschild zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellt worden ist, diese Verbindung gelöst und die Grundschild ohne die Forderung abgetreten werden darf. Bezüglich der Hypothek bestimmt § 1153 BGB.: „Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über. Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden“. Diese enge Verbindung von Hypothek und Forderung,¹⁾ welche hier festgelegt wird, macht eine entsprechende Anwendung der Vorschrift gemäß § 1192 Abs. 1 BGB. auf die Grundschild unmöglich.²⁾ „Forderung“ bedeutet hier das der Hypothek zugrunde liegende konkrete persönliche Schuldverhältnis. Ein solches darf aber als Inhalt der dinglichen Belastung bei der Grundschild nicht in die Erscheinung treten. Ist sie mit einer Forderung in Verbindung gebracht, so behält sie doch ihren abstrakten Charakter. Die Sicherung der Forderung ist lediglich die causa, der Rechtsgrund, für die Bestellung der Grundschild. Dennoch aber wird man annehmen müssen, daß der Grundschildgläubiger die Verpflichtung hat, die Verbindung von Forderung und Grundschild nicht zu lösen, da ja der Eigentümer dem Gläubiger die Grundschild in diesem Falle nur zu dem Zwecke bestellt hat, daß sie ihm eine Sicherheit für die Befriedigung wegen der persönlichen Forderung bieten soll. Nur unter der Voraussetzung wird es dies tun können,

¹⁾ Daß Forderung und dingliches Recht im Entstehungsstadium der Hypothek akzessorisch sind, später aber getrennte Schicksale haben können, ist bereits oben erwähnt.

²⁾ Turnau-Förster a. a. O. S. 721 u. 873.

wenn er bei der Abtretung entweder der Grundschild oder der Forderung entweder auf die Forderung oder die Grundschild verzichtet. Diese Verpflichtung des Gläubigers ist jedoch eine rein persönliche und kann, da sie eben lediglich aus dem Zwecke der Bestellung zu entnehmen ist und sich auch nicht auf ein zwischen dem Eigentümer und Grundschildgläubiger bestehendes Rechtsverhältnis gründet, einem dritten Erwerber selbst dann nicht entgegengehalten werden, wenn dieser das Sachverhältnis zur Zeit des Erwerbes kannte. Denn nach den Grundsätzen des Liegenschaftsrechtes ist bei einer Kollision zwischen einem persönlichen und einem dinglichen Rechte das letztere stets das stärkere, und zwar derart, daß der Erwerber eines Rechtes an einem Grundstücke auch dann als Sieger hervorgeht, wenn er bei seinem Erwerbe das entgegenstehende obligatorische Recht gekannt hat, es sei denn, daß eine besondere gesetzliche Bestimmung zugunsten des obligatorischen Rechts getroffen ist. Ein dahin lautendes Verbot, daß eine zur Sicherung einer Forderung bestellte Grundschild ohne die Forderung nicht abgetreten werden darf, existiert nicht, da ja, wie bereits erwähnt, der § 1153 BGB. auf die Grundschild keine Anwendung finden kann.

Es ist indes selbstverständlich, daß der Eigentümer in einem solchen Falle, wo die Grundschild zur Sicherung einer Forderung bestellt worden ist, gegen eine doppelte Inanspruchnahme geschützt werden muß. Dies läßt sich dadurch erreichen, daß man dem Eigentümer, vorausgesetzt, daß er zugleich persönlicher Schuldner ist, falls der Grundschildgläubiger die Grundschild abgetreten hat und trotzdem noch Befriedigung wegen der persönlichen Forderung verlangt, das Recht zubilligt, die Zahlung so lange zu verweigern, bis der Grundschildgläubiger auf die Grundschild verzichtet und ihm event. den Grundschildbrief und die sonstigen Urkunden aushändigt,

die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Grundschuld erforderlich sind. Dies ergibt sich aus den Grundsätzen über Treu und Glauben. Zu weit geht m. E. Biermann,¹⁾ der in dem Falle, wo die Grundschuld von einem dritten Erwerber geltend gemacht wird und dieser bei ihrem Erwerbe wußte, daß sie zur Sicherung einer Forderung bestellt sei, dem Eigentümer die Zahlung aus dem Grundstücke so lange verweigern darf, bis ihn der Grundschuldgläubiger auch von der persönlichen Schuld befreit hat, ihm beispielsweise eine Quittung des persönlichen Schuldners aushändigt. Ein solches Verlangen würde die Grundschuld in eine vom Gesetz nicht gewollte Abhängigkeit von der zugrunde liegenden Forderung bringen und überdies die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld stark beeinträchtigen. Für ein solches Verlangen bietet auch das Gesetz keinen Anhalt. Es wäre lediglich eine Einrede, die auf dem Rechtsgrund der Bestellung der Grundschuld beruht. Solche Einreden aber können, wie oben ausgeführt wurde, dem neuen Grundschuldgläubiger, selbst wenn er bösgläubig ist, nicht entgegengehalten werden.

Bereits das preuß. Eigentumserwerbsgesetz hat sich mit der Frage der Abtretung einer Grundschuld ohne die gesicherte Forderung beschäftigt. Es suchte einer Trennung von Grundschuld und Forderung dadurch zu begegnen, daß es im § 53 Abs. 2 bestimmte:

„Wird eine zur Sicherung eines persönlichen Rechts dienende Grundschuld ohne den persönlichen Anspruch abgetreten, so erlischt letzterer“.

Jedoch enthielt diese Bestimmung insofern eine Halbheit, als sie den Fall, wo der Grundschuldgläubiger die Grundschuld und den persönlichen Anspruch an verschiedene Personen abtritt, unberücksichtigt läßt. Der Regierungsentwurf wollte folgerichtig auf Grund der er-

¹⁾ Sachenrecht Anm. 2 zu § 1153 BGB.

wähnten *ratio legis* eine gèsonderte Abtretung beider Rechte überhaupt verbieten, die Herrenhauskommission hingegen hielt ein solches Verbot für entbehrlich und den Satz des § 52 EEG. für ausreichend, weil danach durch die Abtretung der Grundsuld der persönliche Anspruch in der Hand des Zessionars ja ohnehin erlösche.¹⁾ Dieses auch von Turnau (GBO. Anm. 2e zu § 52 a. a. O.) wiederholte Argument ist indessen nicht stichhaltig. Es würde einen schweren Eingriff in die Sicherheit des Verkehrs enthalten, wenn ein durch Zession auf den Dritten übergegangenes Recht hinterher noch durch eine einseitige Handlung des ursprünglichen Gläubigers aufgehoben werden durfte. Überdies steht einer solchen Annahme die ausdrückliche Vorschrift des § 413 I, 11 ALR. entgegen, nach welcher nur bis zur gehörigen Denuntiation der Zession an den Schuldner der Gläubiger — vorausgesetzt, daß der Schuldner sich hierbei im guten Glauben befindet — zum Nachteil des Zessionars über die Forderung verfügen darf. Wollte man daher einmal den Schuldner gegen Nachteile, welche ihm aus der Ablösung der dinglichen Klage von der persönlichen erwachsen können, durch positive Hilfssätze schützen, so war es gewiß richtiger, einen solchen Hilfssatz für den im Gesetz nicht erwähnten Kollisionsfall aufzustellen.²⁾

In das Bürgerliche Gesetzbuch ist eine solche Bestimmung, wie sie das preuß. Eigentumserwerbsgesetz enthält, nicht aufgenommen. Sie ist auch entbehrlich, da man denselben Erfolg dadurch erreicht, wenn man dem Grundstückseigentümer, wie oben ausgeführt ist, falls der bisherige Grundsuldgläubiger nach Abtretung der Grundsuld ihn noch wegen der persönlichen Forderung in Anspruch nimmt, das Recht zubilligt, die Leistung bis zur

¹⁾ Werner, Mat. S. 61.

²⁾ vgl. Skonietzki in Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 578f.

Rückübertragung der Grundschild oder auf ihren Verzicht zu verweigern. Tritt aber der Grundstücksgläubiger Forderung und Grundschild an verschiedene Personen ab, dann wird allerdings der Eigentümer vor einer Doppelzahlung nicht geschützt werden können. Hier läge jedoch ein doloses Handeln des ursprünglichen Grundschildgläubigers vor. Dieser wäre daher nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) verpflichtet, dem Eigentümer den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Viel zu weit geht m. E. Skonietzki,¹⁾ der den dritten Erwerber der Grundschild, wenn er bei dem Erwerbe wußte, daß diese nur einer Sicherung dienen soll, wegen mangelnder Sachlegitimation abweisen will. Es würde dann, wollte man diesem Verlangen stattgeben, kaum noch ein wesentlicher Unterschied zu finden sein zwischen der zur Sicherung einer Forderung bestellten Grundschild und der Verkehrshypothek, wenn man in einem solchen Falle zur Legitimation für die Klage aus der Grundschild auch noch den Nachweis zu führen hätte, daß einem auch die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschild bestellt ist, zusteht. Diese Konsequenz zieht allerdings auch Skonietzki, indem er a. a. O. weiter bemerkt: „Man mag bedauern, daß trotz dieser wesentlichen Gleichheit von Verkehrshypothek und sicherstellender Grundschild die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches sich nicht haben entschließen können, von der Ausgestaltung der Verkehrshypothek als eines selbständigen Rechtsinstituts neben der Grundschild abzusehen“. Es ist allerdings zuzugeben, daß die Ausgestaltung der Verkehrshypothek als selbständiges Rechtsinstitut neben der Grundschild keinen großen praktischen Wert hat, und es ist auch in der Kommission postuliert worden, man solle sich mit einer Grundschild und daneben mit einer Sicherungshypothek begnügen; denn

¹⁾ In Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 282.

im Verkehr komme bei der Hypothek schon jetzt nur die reale Sicherheit in Betracht und nicht die persönliche Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Man könnte also die ganze Verkehrshypothek streichen und durch die Grundsuld oder die Sicherungshypothek ersetzen. Daß sie überhaupt noch neben der Grundsuld ihr Leben fristet, beruht, wie Dernburg¹⁾ sehr richtig schildert, auf einem wirtschaftlichen Anstandsgeföhle, dessen Verbreitung beweist, daß auch in Geldsachen das Gemüt mitspricht. Aus Schamhaftigkeit sucht man den Verdacht der Abwesenheit eines rechtlich maßgebenden Verpflichtungsgrundes durch dessen bloße, rechtlich wenig bedeutsame Erwähnung abzuwehren. Wenn man also neben der Grundsuld noch die Verkehrshypothek beibehalten hat, so wollte man diesem wirtschaftlichen Schamgeföhle entgegenkommen. Sollte im Verkehrsleben in dieser Hinsicht eine gewisse Abhärtung eintreten, so würde die Grundsuld an die Stelle der Verkehrshypothek treten, ohne daß man die Klinké der Gesetzgebung zu bewegen braucht. Das erwähnte Schamgeföhle beruht nämlich weit mehr auf achtungswerten Empfindungen als auf verständigen Erwägungen; denn der Schein der soliden Grundlage, den die Verkehrshypothek vor der Grundsuld voraus hat, trügt und täuscht den Sachkenner nicht. Die Hauptforderung der Verkehrshypothek kann nämlich völlig fingiert sein und doch besteht sie dann vollkräftig in der Hand des redlichen Nachfolgers des ersten Erwerbers. Es ist eine lohnende Aufgabe der Rechtsanwälte, durch Aufklärung ihrer Klienten die Scheu vor der Grundsuld zu heilen und die formell-akzessorische Hypothek allmählich absterben zu lassen.²⁾

Die Rechtslage stellt sich demnach folgendermaßen

¹⁾ Bürgerl. R. Bd. 3 S. 585.

²⁾ vgl. Eck, Vorträge Bd. 2 1. u. 2. Aufl. S. 258 u. 262.

dar: Grundschild und Forderung gehen bei der Abtretung getrennte Wege. Die Abtretung der Grundschild erfolgt nach § 1154 mit § 1192 BGB., die der Forderung nach den §§ 398 ff. BGB. Die Vorschriften des § 1153 BGB. finden keine Anwendung. Es kann vielmehr die Forderung ohne die Grundschild, die Grundschild ohne die Forderung abgetreten werden, und weder hat die Abtretung der Grundschild den Übergang der Forderung noch die Abtretung der Forderung den Übergang der Grundschild ohne weiteres (d. h. ohne besondere Mitabtretung) zur Folge, in letzterer Hinsicht insbesondere auch nicht nach § 401 BGB., da die Grundschild nicht ein Nebenrecht der Forderung im Sinne dieser Vorschrift ist. Ob der Erwerber auch die Abtretung der Forderung bzw. der Grundschild verlangen kann, bestimmt sich nach dem Rechtsgrunde der Abtretung. Dem Schuldner gegenüber ist der Grundschildgläubiger jedoch verpflichtet, die ihm gewährten rechtlichen Befugnisse nur in dem Maße auszuüben, als dies zu seiner Befriedigung wegen des zu sichernden Anspruchs erforderlich ist. Vermöge dieser Beschränkung darf er u. a. vor Verfall der Schuld die Grundschild nicht anders als zusammen mit der zu sichernden Forderung abtreten und ist, sobald der sicherstellende Zweck durch Bezahlung der Schuld weggefallen ist, verpflichtet, die Löschung der Grundschild im Grundbuch zu bewilligen. Die Verpflichtungen sind jedoch rein persönlicher Natur und können einem dritten Erwerber der Grundschild selbst dann nicht entgegengehalten werden, wenn dieser sie beim Erwerbe der Grundschild kannte.

Es ist somit nicht zu bestreiten, daß durch die rechtliche Loslösung der Grundschild von der Forderung und die gleichzeitige Möglichkeit tatsächlicher Verknüpfung mit einer solchen eine mißliche Disharmonie geschaffen werden kann, die das römische Prinzip von der unbedingten Akzessorität von Forderung und Pfand-

recht glücklich vermeidet. Da die Bestimmung des § 1153 BGB. auf die Grundschild keine Anwendung findet und auch die Bestimmung des § 401 BGB., daß mit der Abtretung der Forderung die für sie bestehenden Pfandrechte und Hypotheken, die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft und ein mit ihr für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht auf den neuen Gläubiger übergehen, auf eine zur Sicherung einer Forderung bestellte Grundschild nicht bezogen werden kann, so ergibt sich, daß es dem Grundschildgläubiger, dem die Grundschild zur Sicherung einer ihm zustehenden Forderung bestellt ist, freisteht, jeden Augenblick allein über die Grundschild oder die Forderung zu verfügen. Als redlicher Mann wird er eine verschiedene Verfügung über beide Rechte nur in der Weise treffen, daß er auf die Forderung oder auf die Grundschild verzichtet. Aber wer bürgt dafür, daß er nicht versucht, sich durch verschiedene Verwertung beider Rechte einen unerlaubten Vorteil zu verschaffen? * Daß auf diese Weise Unzuträglichkeiten allerschlimmster Art entstehen können, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. Gerade hierin zeigt sich auch, daß die absolute Loslösung von der Forderung, die in dieser weitgehenden Form etwas ganz Neues ist, keineswegs zu erwünschten Ergebnissen führt. Es wird durch sie nur den Interessen des Kreditgebers, nicht des Kreditnehmers gedient. Dem bezeichneten Übelstande läßt sich dadurch einigermaßen abhelfen, daß die Beteiligten durch besondere Vereinbarung eine abgesonderte Verfügung über die Forderung (§§ 399, 1069, 1274 BGB.) bzw. über die Grundschild ausschließen. Letzteres, daß nämlich auch die Grundschild durch Vereinbarung zu einer unveräußerlichen gemacht werden kann, ist allerdings nicht unbestritten. Ich bin indessen mit Güthe¹⁾ der Ansicht, daß die

¹⁾ GBO. 2. Aufl. Bd. 1 S. 221, 66.

Ausschließung der Übertragbarkeit einer Forderung (Grundschild) durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner keine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung, sondern eine Änderung des Inhalts des Rechts ist, weil zum Wesen jeder Forderung usw. regelmäßig deren Übertragbarkeit gehört.¹⁾ Eine Verfügungsbeschränkung läge nur dann vor, wenn der Gläubiger sich einem Dritten gegenüber zur Nichtübertragung verpflichtete — eine solche Vereinbarung hätte aber keine dingliche Wirkung, weil sie unter § 137 BGB. fiel —, während es sich im Falle des § 399 BGB. um eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner handelt. Nach §§ 399, 413 BGB. kann also jede Hypothek, Grund- und Rentenschuld zu einer unveräußerlichen gemacht werden. Einem bösgläubigen dritten Erwerber der Grundschild wird der Eigentümer die Vereinbarung der Unübertragbarkeit nach § 1157 mit § 1192 BGB. entgegenhalten können. Der gute Glaube des Erwerbers aber kann dadurch ausgeschlossen werden, daß die Inhaltsänderung des Rechts ins Grundbuch eingetragen wird.²⁾

Andrerseits ist gegenüber diesen Gefahren, die dem Grundstückseigentümer aus der Bestellung einer Grundschild zum Zwecke der Sicherung einer Forderung erwachsen können, zu bemerken, daß er, wenn er die Gefahren vermeiden will, sich der anderen Kreditform, der Hypothek, bedienen kann. Wählt er trotzdem die Grundschild, dann muß er auch die ihm erwachsenden Gefahren und Unannehmlichkeiten mit in Kauf nehmen.

¹⁾ vgl. auch Prot. Bd. 3 S. 257; KG. v. 24. 12. 1900; Planck zu § 399 Anm. 1 u. 2; Turnau-Förster § 892A III, 2.

²⁾ Predari, GBO. S. 191.

Zweiter Teil.

Die Abtretung einer Grundschild zum Zwecke der Sicherung einer Forderung.

§ 7.

Vorbemerkung.

Die Abtretung einer Grundschild zum Zwecke der Sicherung einer Forderung ist begrifflich eine sogen. Sicherungszession (Sekurittssession, *cessio in securitatem*). Letztere hat den Tatbestand zur Voraussetzung, daß ein Schuldner einen ihm zustehenden Anspruch (Forderung, Hypothek, Grundschild usw.) zu dem Zwecke abtritt, daß der Gläubiger für seine Befriedigung gesichert werde, also im Falle der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, seine Befriedigung aus dem abgetretenen Rechte suchen kann. Dabei ist der Abtretung die ausdrückliche oder stillschweigende Abrede charakteristisch, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Befriedigung durch den Schuldner verpflichtet sein soll, das abgetretene Recht zurückzuübertragen.

In den Quellen findet sich dieses Institut der Sicherungszession nicht. Ihre juristische Konstruktion stammt aus der gemeinrechtlichen Wissenschaft des vorigen Jahrhunderts. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich nicht veranlaßt gesehen, die Materie der Sicherungszession durch bestimmte Normen zu regeln. Nur an einer Stelle, im § 223 Abs. 2, nimmt es Veranlassung, die Sicherungszession kurz zu streifen, um bezüglich ihrer zu bestimmen, daß die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des sichergestellten Anspruchs gefordert werden könne. Aber auch von dieser Bestimmung abgesehen, ergeben die Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung zur Genüge, in welcher eingehender Weise diese Rechtsform Gegenstand der Er-

örterung und Beratung geworden ist. So führen die Motive¹⁾ aus, daß bedingten Zessionen um deswillen nicht entgegenzutreten sei, weil die Hinzufügung der Bedingung Sicherungszwecken und somit das bedingte Geschäft als Ersatz einer Verpfändung und der Ersparung von deren strengen Erfordernissen dienen solle.

Der Hinweis, den das Bürgerliche Gesetzbuch im § 223 Abs. 2 enthält, gibt uns jedoch über das Wesen der Sicherungszession keinen Aufschluß. Dieses zu ergründen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch der Wissenschaft überlassen, die im wesentlichen den Grundsätzen des gemeinen Rechts, wie sie insbesondere durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts klargestellt und entwickelt sind, gefolgt ist.

§ 8.

Begriff und Wesen der fiduziarischen Geschäfte im allgemeinen.

Die Abtretung eines Anspruchs zur Sicherheit, die Sicherungszession, gehört in die Klasse der sogen. fiduziarischen²⁾ Geschäfte, auf deren Wesen hier zunächst etwas näher eingegangen werden soll.

Fiducia hieß eine uralte Form des römischen Pfandrechts, als es eine eigentliche Verpfändung noch nicht gab. Sie war Eigentumsübertragung unter Zweckgebundenheit. Dem Eigentümer wurde die Verpflichtung auferlegt, das erworbene Eigentum beim Eintritt einer bestimmten Bedingung an den Veräußerer zurückzuübertragen.

Diese Anwendung der fiducia wurde dem Zwecke pfandrechtlicher Sicherheitsbestellung dienstbar gemacht.

¹⁾ Mot. Bd. 3 S. 338; vgl. auch Prot. Bd. 3 S. 200.

²⁾ Der Ausdruck stammt von Regelsberger (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 63 S. 173).

Dem Gläubiger wurde als Treuhänder das volle quiritische Eigentum durch *mancipatio* oder in *iure cessio* übertragen, und zugleich wurde er durch eine obligatorisch verpflichtende Abrede zur Rückübertragung des Eigentums im Falle der Tilgung der Schuld verpflichtet. Damit war dem Gläubiger eine Übermacht eingeräumt, die weit über die Zwecke des Pfandrechts hinausreichte; hatte z. B. der Gläubiger die Sache an einen Dritten veräußert, so blieb dem Schuldner nur ein obligatorischer Anspruch, die *actio fiduciae*.

Jene Divergenz zwischen Absicht und Zweck, zwischen äußeren und inneren Wirkungen des Geschäfts, die der *fiducia* eigen waren, finden sich noch heutzutage in zahllosen Fällen. Man pflegt daher solche Geschäfte als fiduziarische zu bezeichnen.

Das Wesen des fiduziarischen Geschäfts definiert Regelsberger¹⁾ folgendermaßen:

„Charakteristisch ist für dasselbe das Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel. Zur Erreichung eines bestimmten Erfolges wird mehr gewährt, als zur Erreichung jenes Erfolges erforderlich ist. Der Fiduziar erhält eine rechtliche Macht, die er zu nicht beabsichtigten Zwecken mißbrauchen kann. Der Rechtsübertrager setzt in ihn das Vertrauen, daß er dies nicht tun werde.“²⁾

Charakteristisch für das fiduziarische Geschäft ist ferner sein doppelter Inhalt. Es setzt sich zusammen aus einem Haupt- und einem Nebenvertrage. Durch den Hauptvertrag wird das Recht übertragen, durch den Nebenvertrag der Empfänger verpflichtet, sich des ihm übertragenen Rechts nur gemäß dem der Übertragung zugrunde liegenden Zwecke zu bedienen.

Eigenartig sind die fiduziarischen Geschäfte³⁾ in-

¹⁾ Arch. a. a. O. S. 173.

²⁾ Diese Definition ist im großen und ganzen beibehalten worden. Vgl. z. B. Endemann a. a. O.

³⁾ RG. in JurW. 1910 Nr. 4.

sofern, als sich bei ihnen der wirtschaftliche Zweck der Zuwendung mit der juristischen Form des Rechtsgeschäfts nicht deckt, so daß der Empfänger der Zuwendung zufolge der Geschäftsform nach außen eine andere Rechtsstellung einnimmt, als sie dem wirtschaftlichen inneren Geschäftszwecke entspricht, und deshalb seinem Geschäftsgegner gegenüber verpflichtet ist, von seiner äußeren Rechtsstellung nur einen dem inneren Zwecke entsprechenden Gebrauch zu machen.

Fiduziarische Rechtsgeschäfte sind in der mannigfachsten Weise denkbar und kommen auch tatsächlich in den mannigfachsten Formen vor. Drei Hauptformen sind im Rechtsverkehr besonders hervorgetreten und haben eine besondere Ausbildung erfahren:

1. die fiduziarische Eigentumsübertragung,
2. die fiduziarische Zession,
3. das fiduziarische Indossament.

Uns interessiert hier nur die fiduziarische Zession, deren Wesen darin besteht, daß der Zedent (Fiduziant) dem Zessionar (Fiduziar) ein Recht mit der Maßgabe abtritt, daß er zwar in vollem Umfange die Rechtsstellung eines Gläubigers erlangen, jedoch durch besondere Nebenabreden dem Zedenten gegenüber gebunden sein soll. Sie kommt wiederum in zwei Erscheinungsformen vor:

1. als fiduziarische Abtretung zur Sicherheit und
2. als fiduziarische Abtretung zum Inkasso.

Nur die erstere kommt für den vorliegenden Fall in Betracht, und nur von ihr wird daher im folgenden die Rede sein.

§ 9.

Die Sicherungszession im besonderen.

Die Sicherungszession (Sekuritätszession, *cessio in securitatem*) ist die zum Zwecke der Befriedigung wegen eines Anspruchs erfolgende Übertragung eines Rechts

zu Eigentum mit der Vereinbarung, daß nach Erledigung des Sicherungszwecks das Recht wieder zurückzuübertragen ist.

Der Zweck des Geschäfts ist sonach die Sicherung des Gläubigers für eine Forderung. Das Normale zur Erreichung dieses Zweckes wäre die Verpfändung des Rechts; an deren Stelle wird von den Parteien die Übertragung des Rechts gewählt. Dieser Übertragung wird jedoch die Nebenabrede beigelegt, daß der Zessionar verpflichtet sein soll, für den Fall der Befriedigung seitens des Zedenten im Zeitpunkte der Befriedigung das Recht an den Zedenten zurückzuübertragen bzw. für den Fall der Nichtbefriedigung den ihm aus der Verwertung des Rechts verbleibenden Überschuß an den Zedenten abzuliefern.

Wie zur Sicherung einer zukünftigen oder einer bedingten Forderung ein Pfandrecht bestellt werden kann (§ 1204 Abs. 1 u. 2 BGB.), so kann natürlich in gleicher Weise für solche die Sicherung durch Zession herbeigeführt werden. Sie kommt z. B. zur Sicherung der aus einer Geschäftsverbindung resultierenden zukünftigen Verbindlichkeiten im geschäftlichen Verkehr an Stelle der Hingabe einer Summe Geldes oder von Wertpapieren in Depot vor. Es kann eine gewöhnliche Geldforderung zur Sicherung dienen, es kann auch eine Hypothek oder Grundschuld zediert werden, so daß ein Forderungsrecht gegen ein Grundstück haftet. Es ist auch gleichgültig, ob die gesicherte Forderung eine klagbare ist oder nicht. Dies ist ausdrücklich an der einzigen Stelle des Bürgerlichen Gesetzbuchs, welche das fiduziarische Rechtsgeschäft erwähnt, ausgesprochen. Indem der § 223 Abs. 2 BGB. die Zulässigkeit der Sicherungszession voraussetzt, bestimmt er, daß der Zedent auf Grund der Verjährung der gesicherten Forderung nicht die Rückzession des zur Sicherung übertragenen Rechts vom Zessionar verlangen kann. Wenn sonach dann, wenn eine vorher klagbare

Forderung zur klaglosen wird, ein Rückforderungsrecht nicht besteht, kann auch eine Sicherungszession von vornherein für eine nicht klagbare, also z. B. für eine bereits verjährte Forderung erfolgen.

Der gesicherte Anspruch wird regelmäßig auf Leistung einer Geldsumme gehen, jedoch kann er auch die Leistung eines bestimmten Objekts, auch eine Handlung zum Inhalte haben.

Über die Frage, welcher Beschaffenheit das dem Zessionar übertragene Recht ist, und weiterhin, welche Rechtsbeziehungen sich aus der fiduziarischen Rechtsübertragung ergeben zwischen dem Zedenten und Zessionar einerseits und jedem der Kontrahenten und Dritten, denen sie in ihrer fiduziarischen Eigenschaft gegenübertreten, andererseits, sind in der Literatur die verschiedensten Meinungen vertreten, von denen die wichtigsten hier behandelt werden sollen.

§ 10.

Theorien über das Wesen der Sicherungszession.

Die Theorien über das Wesen der Sicherungszession decken sich mit den Theorien, welche über das Wesen der fiduziarischen Geschäfte im allgemeinen aufgestellt sind, zu denen ja, wie bereits erwähnt, die Sicherungszession zu zählen ist.

Zunächst zu erwähnen ist die am meisten verbreitete

1. Theorie der vollen Rechtsübertragung.

Diese von Regelsberger¹⁾ begründete Theorie knüpft an an die römische fiducia, bei der dem Gläubiger das volle Recht an der Sache des Schuldners übertragen und er somit nach außen wie nach innen un-

¹⁾ Arch. a. a. O. S. 173. Anders aber in den Pandekten.

beschränkter Eigentümer wurde, dem Schuldner gegenüber aber durch das obligatorische *pactum fiduciae* zur Rückübertragung verbunden war. Es gehen also nach dieser Theorie dingliche und obligatorische Wirkungen Hand in Hand. Die dingliche Wirkung äußert sich darin, daß der Zessionar ohne jede Einschränkung Gläubiger wird, indem der Zedent ihm das Recht mit dem Willen, es aufzugeben, überträgt. Diese Zession unterscheidet sich durch nichts von der gewöhnlichen Zession. Um einen solchen Unterschied herbeizuführen, ist ein besonderes Übereinkommen, das auch stillschweigend getroffen werden kann, erforderlich, eine fiduziarische Klausel, in welcher die Art und Weise festgelegt wird, wie der Zessionar von der ihm übertragenen, über den beabsichtigten Zweck hinaussschießenden Macht Gebrauch machen soll. Diese Abrede, gleichviel welchen Inhalt sie haben mag, hat aber nur eine obligatorische Wirkung zwischen den Vertragsparteien.

Als Folge dieser Auffassung der Sicherungszession ergibt sich, daß der Zessionar die volle Verfügungsmacht über das ihm übertragene Recht erlangt. Das *pactum fiduciae*, das bei der Sicherungszession modifizierend eingreift, ist nicht imstande, die Verfügungsgewalt mit Wirkung gegen Dritte zu beschränken. Auch gegen dieses *pactum fiduciae* vorgenommene Verfügungsakte bleiben bestehen, und sogar gegen den schlechtgläubigen Erwerber kann deshalb der Zedent nicht vorgehen, also gegen den, der beim Abschlusse eines Vertrages mit dem Zessionar weiß, daß dieser direkt gegen den Willen des Zedenten handelt.

Der Zedent muß sich auf der anderen Seite aller Einwirkungen auf das fragliche Recht enthalten, und seine Verfügungen würden als die eines Nichtberechtigten anzusehen und zu behandeln sein. Der Zedent hat ferner bezüglich der Rückübertragung des fiduziarischen Rechts lediglich einen obligatorischen Anspruch, den er event.

im Wege der Klage geltend machen muß. Dabei wird er gegenüber dem sein Gläubigerrecht behauptenden Zessionar zu beweisen haben, daß dieses Gläubigerrecht nur als „fiduziarisches“ übertragen worden ist.

Der Konkurs über das Vermögen des Zessionars ergreift auch das fiduziarische Recht; der Zedent hat kein Aussonderungsrecht, sondern ist nur einfacher Konkursgläubiger. Im Konkurse über das Vermögen des Zedenten kann nur der obligatorische Anspruch auf Rückgabe bezw. Schadensersatz gegen den Zessionar geltend gemacht werden.¹⁾

2. Die Theorie des geteilten Eigentums (Gläubigerrechts).

Die zweite der vornehmlich in Betracht kommenden Theorien ist die Theorie des geteilten Eigentums (Gläubigerrechts). Diese Theorie ist insofern eigenartig, als sie den mittelalterlichen Rechtsbegriff des „geteilten Eigentums“ wieder zu Ehren zu bringen sucht, der — nicht zum Schaden der Rechtssicherheit — durch die moderne Gesetzgebung beseitigt worden ist.

Nach dieser namentlich von Dernburg²⁾ vertretenen Theorie muß man unterscheiden zwischen dem Verhältnis der Kontrahenten untereinander und dem Verhältnis zu dritten Personen. „Wir geben“, so bemerkt Dernburg, „dem Fiduziar nach außen hin die Stellung des Gläubigers unserer Forderung und verschaffen ihm hierdurch die volle Legitimation zur Geltendmachung unseres Rechts. Nach innen aber wird der Fiduziar bloßer Bevollmächtigter; die Forderung ist für ihn im Verhältnis zum Vollmachtgeber eine fremde.“ Innen- und Außenseite sind hier also streng geschieden. Dritten gegenüber wird der Zessionar durch die Sicherungs-

¹⁾ Anhänger dieser Theorie sind u. a. Regelsberger, Hellwig, Leonhard, Endemann, Turnau, Matthiaß.

²⁾ Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 236.

zession Gläubiger, und die von ihm vorgenommenen Verfügungen jeder Art sind in gleicher Weise gültig wie nach der vorher behandelten Theorie. Aber dem Zedenten gegenüber „soll er sich nur als Verwalter fremden, dem Fiduzianten gehörigen Vermögens betrachten“. ¹⁾ In diesem Verhältnis erlangt er kein Gläubigerrecht, sondern er ist nur kraft eines besonderen obligatorischen Vertrages ermächtigt, für den Fiduzianten zu handeln. Der Unterschied von der Theorie der vollen Rechtsübertragung liegt also darin, daß bei dieser der Zessionar nur auf Grund einer lediglich obligatorisch wirkenden Nebenabrede verpflichtet ist, während im zweiten Falle auch seine Berechtigung sich aus einem solchen Übereinkommen herleitet. ²⁾

Nach dieser Theorie ist das Gläubigerrecht in seinen wesentlichen Beziehungen beim Zedenten verblieben, der auch zu weiteren Verfügungen über das Recht berechtigt ist. Im Konkurse des Zessionars hat der Zedent ein Aussonderungsrecht und im Konkurse des Zedenten gehört das übertragene Recht ohne weiteres zur Konkursmasse. ³⁾

3. Andere Ansichten.

I. An erster Stelle ist hier die Ansicht von Riedel ⁴⁾ zu erwähnen, da er sich die beiden vorbezeichneten Theorien zu eigen macht und sie, allerdings unter kleinen Abänderungen jeder derselben, nebeneinander aufstellt. Er geht dabei von folgendem Satze aus:

„Die Bedeutung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts beruht darin, daß auf den Fiduziar für den beschränkten Zweck einer Stellvertretung in eigenem Namen über

¹⁾ vgl. Enneccerus a. a. O. 1. Aufl.

²⁾ Hertz, Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte S. 12.

³⁾ Anhänger dieser Theorie sind insbes. Fitting, Willenbücher, Jaeger, Staub, Crome u. a.

⁴⁾ a. a. O. S. 512 ff.

diesen Zweck hinausgehende Rechte, nämlich volles Eigentumsrecht an demjenigen Gegenstande (Sache oder Recht) übergeht, auf den sich die Vollmacht bezieht“. „Die Übertragung eines Forderungs- oder Eigentumsrechts, bei der weder der Übergang des substantiellen Rechts noch eine Stellvertretung zur Geltendmachung des Rechts Dritten gegenüber bezweckt ist“, betrachtet er nicht als ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, sondern als „eine Form ohne jeglichen Inhalt, ein lediglich auf Täuschung Dritter berechnetes simuliertes und deshalb nichtiges Rechtsgeschäft“.

Bezüglich der Stellvertretung unterscheidet er wiederum, ob der Fiduziar Stellvertreter in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung oder Stellvertreter in eigenem Namen und in eigenem Interesse ist. Im ersten Falle schließt er sich der Theorie des geteilten Eigentums (Gläubigerrechts) an, doch sollen die Verfügungen des Fiduziars an schlechtgläubige Dritte nach § 173 BGB. nicht rechtsgültig sein.

Im Falle der Stellvertretung im eigenen Namen und im eigenen Interesse, worunter Riedel besonders die hier behandelte *cessio in securitatem* rechnet, macht er sich die Theorie der vollen Rechtsübertragung zu eigen, jedoch mit den Modifikationen, daß der Fiduziant im Konkurse des Fiduziars kein Aussonderungsrecht, sondern ein Absonderungsrecht haben soll, und daß er ferner den schlechtgläubigen Dritten auf Grund des § 173 BGB. keine Rechte erwerben läßt, welcher wußte oder wissen mußte, daß der Fiduziar gegen den Willen des Fiduzianten handelte.

II. Kohler¹⁾ und Lilienthal²⁾ stehen grundsätzlich auf dem Boden der Theorie der vollen Rechtsübertragung, doch scheut Kohler vor der strengen

¹⁾ Jahrb. a. a. O. S. 346 ff., Konkursrecht S. 179.

²⁾ DJZ. a. a. O.

Durchführung dieses Grundgedankens zurück für den Fall des Konkurses des Fiduziars. Er hält es für ein „Postulat der Gerechtigkeit“, hier den Fiduzianten zu schützen, da sonst die Gläubiger des Fiduziars auf Kosten des Fiduzianten befriedigt würden. Er gewährt daher letzterem eine *rei vindicatio utilis* nach römischem Vorbilde. Lilienthal gibt im Konkurse dem Fiduzianten kein Aussonderungsrecht. Man müsse, führt er aus, aus der ernstlichen Übertragung alle strengen Konsequenzen ziehen, das sei förderlich dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse. Er zieht indes selbst nicht alle strengen Konsequenzen, indem er dem Fiduziar Verpflichtungen auferlegt, die mit dem Übergange vollen Eigentums nicht in Einklang zu bringen sind. Einmal nimmt er an, daß der Gläubiger zunächst Befriedigung aus dem ihm übereigneten Recht suchen müsse und nur den Ausfall zum Konkurse anmelden könne, und ferner müsse der Fiduziar beim Verzuge des Fiduzianten das Recht verwerten, sich aus dem Erlöse befriedigen und den Überschuß dem Fiduzianten herausgeben.

III. Wilutzki¹⁾ endlich wendet sich überhaupt gegen die Gültigkeit der fiduziarischen Geschäfte. Er glaubt, daß sich die allerdings künstlich scheinende Scheidung zwischen Innen- und Außenseite nicht werde umgehen lassen, weil jedenfalls der Vertragsgenosse durch das äußere Geschäft gebunden bleibe. Dritte würden aber durch das fiduziarische Geschäft in keiner Weise verpflichtet, da es sich um Winkelgeschäfte handle, die zur Umgehung des Gesetzes abgeschlossen seien.

Von diesen vielen Theorien über die Beschaffenheit des übertragenen Rechts bei der Sicherungszession wird die Theorie der vollen Rechtsübertragung zu verteidigen sein, bei der das fragliche Recht dinglich unbeschränkt

¹⁾ DJZ. a. a. O.

übergeht. Die Lehre von dem geteilten Gläubigerrecht nach innen und nach außen scheint zwar den Wünschen beider Parteien weit mehr gerecht zu werden als die strenge Theorie des vollen Rechtsüberganges, welche den Fiduzianten unverhältnismäßig schlecht stellt. Jedoch würde sie eine große Unsicherheit in den Verkehr mit Rechtsgütern hineintragen, der schwere wirtschaftliche Schäden nach sich ziehen müßte. Im übrigen erscheint das Prinzip der vollen Rechtsübertragung, selbst wenn man es mit aller Schärfe konsequent durchführt und sich auch gegen eine abweichende Behandlung des fiduziarischen Rechts im Konkurse wendet, als durchaus gerecht. Wenn auch nach dieser Theorie die Stellung des Fiduzianten nicht gerade günstig und auch nicht ohne Risiko ist, so ist es doch ganz unbillig, wenn von manchen Schriftstellern der fiduziarischen Zession inkonsequenterweise Wirkungen beigelegt werden, die dieses Risiko vermindern. Denn dasselbe ist nur eine notwendige Begleiterscheinung der Vorteile, die der Fiduziant auf der anderen Seite von einer fiduziarischen Forderungsübertragung hat. Dieser Vorteile wegen nimmt er auch eben dieses Rechtsgeschäft an Stelle eines normalerweise näher liegenden in Kenntnis der für ihn nachteiligen Folgen vor.

Diese vorstehenden Ausführungen über die beiden Haupttheorien treffen auch auf die anderen Ansichten zu. Die in diesen enthaltenen Abweichungen von den beiden Haupttheorien haben offenbar ihren Grund in der Gefährlichkeit der fiduziarischen Geschäfte, die sie durch allerlei Sonderbestimmungen zu beseitigen suchen.

§ 11.

Stellung des Reichsgerichts zu den Theorien.

Das Reichsgericht hat anfänglich bezüglich der Frage der Beschaffenheit des übertragenen Rechts bei der

Sicherungszession geschwankt zwischen der Theorie der vollen Rechtsübertragung und der Theorie des geteilten Eigentums, um sich schließlich vollständig auf den Boden der ersteren Theorie zu stellen. In einer der ersten Entscheidungen über fiduziarische Geschäfte v. 13. 10. 1880¹⁾ führt es bezüglich der Sicherungszession aus: Die Absicht der Kontrahenten sei nicht auf bloße Verpfändung, sondern auf eine Übertragung des Forderungsrechtes selbst gerichtet gewesen, die Forderung sei daher auch nicht in den nachher über das Vermögen des Fiduzianten eröffneten Konkurs gezogen worden. In den Urteilsgründen wird der Fiduziar als Gläubiger der ihm zedierten Forderung anerkannt.

Demgegenüber betont das Reichsgericht in einer Entscheidung in Bd. 25 S. 207, daß, auch wenn wirklich vereinbart worden, daß ungeachtet der Zession das Gläubigerrecht nicht übergehen, vielmehr beim Zedenten verbleiben solle, die Zession doch mit dem Willen erklärt ist, daß auf Grund derselben dem debitor cessus der Empfänger der Zessionserklärung als der berechnigte Gläubiger gelten solle,²⁾ und folgert dann, daß sich der Schuldner gegenüber dem Zessionar bei Zurückbehaltung des materiellen Gläubigerrechts seitens des Zedenten auf Verfügungen über die Forderung zu seinen Gunsten seitens des Zedenten, wenn sie auch erst nach der Zession erfolgt sind, wirksam berufen kann.

Finden wir also bei dem ersten Beispiele die Theorie der vollen Rechtsübertragung vertreten, so ist im zweiten Falle das Reichsgericht zu den Anhängern der Übertragung des geteilten Rechts übergegangen. Indes hat das Reichsgericht diese „Anschauung über die Zulässig-

¹⁾ RG. Bd. 2 Anm. 1 zu Nr. 44.

²⁾ vgl. auch Gruchots Beitr. Bd. 25 S. 889, Bd. 34 S. 464, Bd. 36 S. 990 ff., Bd. 37 S. 967; RG. Bd. 37 S. 106; JurW. 1899 S. 378 Nr. 38.

keit einer solchen dem Zwecke nach im Verhältnis zwischen Zedenten und Zessionar beschränkten Zession“ ¹⁾ bald wieder aufgegeben und hat sich seither ständig auf den Boden des Prinzips der vollen Rechtsübertragung gestellt. Klar und deutlich wird dieser Grundsatz ausgesprochen in einer Entscheidung, die abgedruckt ist in der Juristischen Wochenschrift 1900 S. 309, wo es heißt: Eine beschränkte Übertragung finde nicht statt, vielmehr werde der Zessionar Eigentümer der zedierten Forderung und trete als Gläubiger an die Stelle des Zedenten. Ebenso wird in der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 6 f. bezüglich der Sicherungszession ausgeführt, daß eine wirkliche Veräußerung, ein Übergang von Vermögensobjekten aus dem Vermögen des Schuldners in dasjenige des Gläubigers stattfindet.

§ 12.

Sicherungszession und Forderungspfandrecht.

Die Abtretung eines Rechts (Forderung) zur Sicherheit hat als „sicherstellendes Rechtsverhältnis“ ²⁾ eine auffallende Ähnlichkeit mit einem anderen, wirtschaftlich identischen Rechtsinstitut, mit der Verpfändung einer Forderung, dem *pignus nominis*.

Was aber die juristische Konstruktion anlangt, so ist diese bei beiden grundverschieden; die Unterschiede beruhen vor allem darauf, daß die Abtretung eine Übertragung zu Eigentum, die Pfandbestellung eine solche zu Pfandrecht darstellt, und ferner in der selbständig abstrakten Natur der Abtretung und in der streng akzessorischen des Pfandrechts.

Einige Hauptunterschiede mögen hier kurz hervorgehoben werden.

¹⁾ JurW. 1899 S. 378 Nr. 38.

²⁾ Skonietzki in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 282.

Bei der *cessio in securitatem* scheidet die Forderung gänzlich aus dem Vermögen des Gläubigers aus und geht in das Vermögen des Zedenten über, beim *pignus nominis* dagegen haben sowohl Schuldner als Pfandgläubiger Rechte an dem Pfandgegenstande.

Daraus folgt, daß der Drittschuldner bei der Sicherungszession nur an den neuen Gläubiger leisten kann (anders nach § 1281). Dieser kann in allen Fällen allein kündigen, und ihm allein kann gekündigt werden (anders nach § 1283 BGB.).

Nach § 1280 BGB. ist die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt, während bei der Sicherungszession die Wirksamkeit von der Denuntiation nicht abhängt.

Der Sicherungszessionar darf die zu seiner Sicherung zedierte Forderung, wenn sie fällig ist, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der gesicherten Forderung einziehen, wodurch er in einen weiteren Gegensatz zum Pfandgläubiger tritt, dessen Verwertungsbefugnis erst beim Verzuge des Pfandschuldners eintritt.

Ferner, veräußert der Pfandgläubiger in vertragswidriger Weise die Forderung an einen Dritten, so hat der Verpfänder einen direkten Anspruch gegen diesen, veräußert dagegen der Fiduziar in treuloser Weise, so steht der Zedent dem Dritten machtlos gegenüber, da ihm nur gegen den Fiduziar ein persönliches Rückforderungsrecht zusteht.

Endlich folgt aus dem vollen Gläubigerrecht des Sicherungszessionars zum weiteren Unterschied vom *pignus nominis*, daß er auch nach Zahlung der gesicherten Schuld, wenn er die ihm zedierte Forderung noch nicht zurückzediert hat, ohne die Einwendungen des Drittschuldners beachten zu brauchen, zur Einziehung der Sicherungsforderung berechtigt ist. Sein Gläubigerrecht ist nicht wie das des Pfandgläubigers in der Hin-

sicht akzessorisch, daß es mit Tilgung der gesicherten Forderung ipso iure untergeht. Der Sicherungsgläubiger ist nur obligatorisch verpflichtet, in diesem Falle das Forderungsrecht auf den ursprünglichen Gläubiger, den Zedenten, zurückzuübertragen.

Was hier von sicherstellenden Forderungen gesagt ist, gilt in gleicher Weise für alle Rechte, die zur Sicherung einer Forderung übertragen bzw. verpfändet werden, insbesondere auch für Grund- und Rentenschulden, auf deren Verpfändung auch gemäß § 1291 BGB., obwohl sie eine Forderung nicht voraussetzen, wegen ihrer vielen Analogien, insbesondere mit den Hypothekenforderungen, die Vorschriften über das Pfandrecht einer Forderung Anwendung finden.

Obwohl also, wie erwähnt, von ganz verschiedener juristischer Konstruktion, dienen beide Rechtsinstitute demselben wirtschaftlichen Zwecke, dem Sicherungszwecke, und zwar, wenn man sich eines Sprachgebrauchs bedient, den Dernburg¹⁾ eingeführt hat, so wäre die *cessio in securitatem* dem „Pfandrechte im weiteren Sinne“ zu unterstellen, da das „Pfandrecht im engeren Sinne“ nur die Rechtsgeschäfte umfaßt, bei denen der Pfandzweck durch eine wirkliche „Verpfändung“ erstrebt wird.

§ 13.

Die rechtliche Gültigkeit der Sicherungszession.

Es ist bereits früher ausgeführt worden, daß die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte eine gesetzliche Regelung nicht erfahren haben. Während diese Geschäftsform schon in früherer Zeit vereinzelt aufgetreten ist, hat sie eine beachtenswerte wirtschaftliche Bedeutung erst in den letzten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts erlangt. Mit der wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung der

¹⁾ Pfandrecht Bd. 1 S. 96/97.

fiduziarischen Sicherungsgeschäfte sind ihnen jedoch auch Gegner erwachsen, die diese neuen Geschäfte auf das erregteste in Anbetracht ihrer rechtlichen Gültigkeit bekämpft haben. Die Gegner haben auch versucht, die gerichtliche Praxis in ihrem Sinne zu beeinflussen, jedoch mit wenig Erfolg. Es ist ihnen nicht gelungen, die wirtschaftliche Bewegung einzudämmen, vielmehr traten Sicherungsübereignungen immer zahlreicher auf, und in analoger Nachbildung zederte man Rechte fiduziarisch.

Zwei Einwände hat man hauptsächlich gegen die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte vorgebracht, nämlich den Einwand der Simulation und den Einwand der Gesetzesumgehung.

Wenn auch die Praxis den fiduziarischen Sicherungsgeschäften, somit auch der Sicherungszession, ihre Anerkennung nicht versagt und auch die herrschende Meinung sich dieser Praxis angeschlossen hat, so erscheint es doch angebracht, auf die gegen die rechtliche Gültigkeit der Sicherungszession vorgebrachten Einwände einzugehen und ihre Haltlosigkeit darzulegen.

a) Der Einwand der Simulation ist unberechtigt.

Gegen die Sicherungszession wurde, wie überhaupt gegen die fiduziarischen Geschäfte, vielfach der Gesichtspunkt der Simulation geltend gemacht. Doch mit Unrecht! Eine Willenserklärung „simulieren“ bedeutet, etwas nach außen hin als gewollt erscheinen lassen, was dem wahren Willen des Erklärenden nicht entspricht. Davon kann bei der Sicherungszession ihrem Tatbestande nach auf beiden Seiten keine Rede sein. Die Parteien wollen ernstlich die Abtretung des Rechts und beabsichtigen ebenso aufrichtig, daß die Übertragung des Wertrechtes nur zur Sicherung von Forderungen erfolgt. Deshalb treffen sie ausdrücklich die Sicherungsabrede und legen oft auch diesen ihren Willen schriftlich fest. Wohl ist

es aber möglich, daß eine Sicherungszession im Einzelfall zum Scheine vorgenommen wird, um Gläubiger des Schuldners, die pfänden wollen, zu schädigen. Hier würde natürlich der Simulationseinwand durchgreifen.

Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts stimmt mit zahlreichen Theoretikern¹⁾ darin überein, daß der Sicherungszession als solcher der Vorwurf der Simulation nicht geltend gemacht werden darf. Die simulierte Zession, so führt es aus,²⁾ ist allerdings keine Zession und gewährt deshalb dem nur vorgeschobenen Zessionar keine Klage aus dem in Wirklichkeit nicht übertragenen Rechte. Bei der Sekuritatzession dagegen wird eine wirkliche Zession vorgenommen. Daß dies zu dem Zwecke geschieht, den Zessionar wegen anderweitiger Forderungen sicherzustellen, ist kein Umstand, der geeignet wäre, der von den Parteien beabsichtigten Übertragung des zedierten Rechts die Ernstlichkeit und damit die Rechtswirksamkeit zu benehmen.

Es muß aber immer ein ernstlicher Wille, das Wertrecht zu übertragen und zu übernehmen, auf beiden Seiten vorliegen, sonst liegt eine Scheinübertragung ohne Rechtswirksamkeit vor. Die Unterscheidung ist hier freilich oft schwierig. Sie muß aus den Einzelheiten des Kausalgeschäfts und den sonstigen Modalitäten des Falls geschöpft werden. Man wird freilich in der Praxis auch nicht zu engherzig in dieser Hinsicht sein dürfen, zumal wenn man der reichsgerichtlichen Judikatur folgt, die in neuerer Zeit eine entschiedene Neigung verrät, die Annahme eines ernstlichen Übereignungswillens zu begünstigen. So führt das Reichsgericht in Bd. 24 S. 161 aus,³⁾ daß die Zession, wenn sie auch nur zur Sicherung des Zessionars erfolgt ist, hierdurch noch keineswegs

¹⁾ vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 2 § 136.

²⁾ RG. Bd. 30 S. 275.

³⁾ vgl. auch RG. bei Gruchot Bd. 42 S. 950.

den Charakter eines bloßen *pignus nominis* gewinnt, sondern auch bei solcher Vertragspflicht das Gläubigerrecht auf den Zessionar überträgt, während dem Zedenten das Recht verbleibt, nach Abtragung der gesicherten Schuld Rückzession und bei einer nach Fälligkeit der Schuld erfolgten Erhebung oder weiteren Zession den nach Abgang von Kapital, Zinsen und Kosten verbleibenden Überschuß zu fordern. Das Reichsgericht erblickt also in einer Abtretung, die nur zur Sicherung erfolgt, kein *negotium dissimulatum*, keine bloße Verpfändung des Rechts, sondern neigt in weitgehendem Maße zur Annahme eines ernstlichen Übertragungswillens.

Kann also hiernach von einem Einwande der Simulation gegenüber dem Rechtsgeschäft der Sicherungszession keine Rede sein, so wird sich auch die Rechtsgültigkeit dieses Rechtsgebildes aus dem Gesichtspunkte der Gesetzesumgehung nicht rechtfertigen lassen.

b) Auch der Vorwurf der Gesetzesumgehung greift nicht durch.

Da die Sicherungszession dem Zwecke nach an Stelle eines Forderungspfandrechts steht, so taucht hier die Frage auf, ob sie sich nicht als eine Umgehung des Gesetzes darstellt und aus diesem Grunde ihre rechtliche Gültigkeit zu beanstanden ist, und zwar käme in Frage eine Umgehung der auf die Publizität des Forderungspfandrechts bzw. Pfandrechts an Rechten abzielenden Normen.

Der § 1280 BGB. verlangt nämlich für die Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung Mitteilung der Verpfändung an den Schuldner. Die Sicherungszession aber, die den gleichen wirtschaftlichen Erfolg bezweckt wie die Forderungsverpfändung, soll ohne eine derartige Mitteilung gültig sein. Man wird hier untersuchen müssen, ob das Gesetz jene Mitteilung an den Schuldner als Voraussetzung bloß für die Wirksamkeit der Verpfändung

einer Forderung oder schlechthin für den Eintritt des ökonomischen Erfolges der Forderungsverpfändung, gleichviel durch welches Rechtsgeschäft sie herbeigeführt wird, aufstellen wollte. Mit Endemann¹⁾ bin ich der Ansicht, daß § 1280 BGB. kein Verbotsgesetz ist, das eine der Anzeige nicht bedürftige Abtretung ausschliesse, sondern das lediglich eine speziell für die Forderungsverpfändung getroffene Voraussetzung festlegt. Übrigens wird auch bei der Sicherungszession wie überhaupt bei der Zession eine Denuntiation in den meisten Fällen vorgenommen werden, und es erscheint nahezu ausgeschlossen, daß jemand zur Sicherungszession schreiten wird, um das für das Forderungspfandrecht vorgeschriebene Erfordernis der Publizität der Forderungsübertragung zu umgehen. Für die Sekuritätszession von Grund- und Rentenschulden, für deren Verpfändung nach den §§ 1291, 1280 BGB. eine Benachrichtigung nicht erforderlich ist, können diese Bedenken überhaupt nicht Platz greifen. Es käme hier nur in Frage, ob das Bürgerliche Gesetzbuch einen exklusiven Gesetzesbefehl, eine Verbotsnorm des Inhalts enthalte, daß der mit der Verpfändung verfolgte wirtschaftliche Zweck der Sicherung nur in der vom Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Form erreicht werden dürfe. Eine solche Vorschrift jedoch, daß man sich zur Erreichung des Sicherungszwecks nur der Bestellung eines Pfandrechts bedienen dürfe, besteht nicht, sondern jeder kann das Rechtsgeschäft wählen, das ihm hierzu am geeignetsten erscheint.²⁾ Indem also das Gesetz verschiedene Wege zuläßt, die Sicherung eines Gläubigers zu bewirken, kann es nicht als eine Umgehung des Gesetzes bezeichnet werden, wenn zur Vermeidung des mit Beschreitung des einen Weges verbundenen Rechtsnachteils der offen stehende andere Weg betreten wird.³⁾

¹⁾ a. a. O.

²⁾ Linckelmann a. a. O. Bd. 7 S. 225.

³⁾ RG. bei Gruchot Bd. 31 S. 399.

Die Sicherungszession stellt sich aber nicht nur nicht als unwirksame Gesetzesumgehung dar, sondern sie ist in dem modernen Verkehr, wie Endemann¹⁾ ausführt, eine höchst begrüßenswerte Erscheinung. Ist unser heutiges Pfandrecht schon an und für sich verwickelt, so gilt das in erhöhtem Maße vom Pfandrecht an Rechten. Durch die Vornahme der Sicherungszession können und wollen sich die Beteiligten der Anwendung der verwickelten und zum Teil streitigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Pfandrecht an Rechten entziehen. Da die Sicherungszession klare und einfache Rechtsbeziehungen schafft, so hat man allen Grund, sie im Verkehr zu bevorzugen. Schließlich spricht Endemann den berechtigten Wunsch aus, es möge sich hier die schöpferische Kraft des Gewohnheitsrechts bewähren, indem im Verkehr die Sonderrechte an Rechten ersetzt werden durch fiduziarische Rechtsabtretungen und sich hierfür objektive Rechtsnormen auf Grund allgemeingültiger Rechtsanschauungen entwickeln.

§ 14.

Die Verfügungsbefugnis des Gläubigers über das Haftobjekt.

Es ist bereits oben hervorgehoben worden, daß nach dem von uns vertretenen Prinzip der vollen Rechtsübertragung bei der Sicherungszession der Fiduziar in die Stellung eines Gläubigers einrückt, wodurch der Sicherungsgegenstand vollständig in seine Verfügung gelangt. Eine Beschränkung erleidet diese Machtstellung nur durch die obligatorisch-fiduziarischen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner. Die rechtliche Stellung des Gläubigers zum Drittschuldner ist bereits oben bei Darlegung des Unterschiedes der Sicherungs-

¹⁾ BGB. Bd. 2 S. 939.

zusammen zum Fortsetzungsabschnitt überführt werden. Es soll daher über nur eine dem durch die eingetragenen
Schiedsrichter herbeizuführenden Beziehungen zwischen Gläubiger und
Schlichter gestelltes Verhältniß die Rede sein, das der Zweck des der einzigen Fortsetzung zugrunde
liegenden Fortsetzungsabschnitt zu erreichen beabsichtigt ist und
da über diesen Zweck im vorliegenden Antrag keine
gegenseitige Verständigung erzielt werden konnte
und event. wieder rückgängig machen soll.

Dem Schlichter gegenüber ist der Gläubiger, wenn
er gegen seine Forderung durch Leistung vollständig wird,
verpflichtet, das eingetragene Recht zurückzunehmen, da
er sich sonst aus dem Vermögen des Schuldners in un-
gerechtfertigter Weise bereichern würde.

Nach der die Verfügung hat der klagende Gläubiger
nach § 223 Abs. 2 die positive Forderung aufgestellt
und die Erfüllung der Forderung keinen Anspruch auf
Fortsetzung der Forderung übertragen. Die Fortsetzung der Forderung über-
tragenen Rechts gewähre.

Im der Gläubiger gezwungen, wenn Erfüllung aus
dem eingetragenen Recht zu suchen, denn hat er nicht
als Forderung des Schuldners aus dem Schuldner zu warten.

Das besondere Verhältniß zwischen der Frage,
ob der Forderung eine Gläubigeranmeldung auf einen Dritten
übertragen darf. Hier durch den Forderung Recht außer
aus Wenden 223 § im Widerspruch mit einem großen
Teil der Praxis. (Der Forderung darf nur Fälligkeit der
Hauptforderung über die Haftungsakte überhaupt nicht, und
nur Fälligkeit nur durch eine angemessene, den Inter-
essen des Zedenten gerecht werdende Verwertung der-
selben verfügen). Zur Erläuterung dieses Standpunktes
sucht er sich auf eine Entscheidung des Kassations-
r. 23. 11. 1904) und gelangt auf Grund dieser zur Ver-

neinung obiger Frage. In der genannten Entscheidung hebt das Gericht den Mandatscharakter der Sicherungszession ganz besonders hervor und verpflichtet „nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 ff. BGB.“ den Zessionar, unter Wahrnehmung des Interesses des Zedenten die Forderung ordnungsmäßig beizutreiben oder so gut wie möglich zu verwerten.

Weidemann zieht aus diesem Mandatsverhältnisse den berechtigten Schluß, daß auch § 664 BGB. Anwendung finden müsse, nach dem der Fiduziar als Beauftragter im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen dürfe. Wie aber Weidemann weiter hervorhebt, gelangt man zu diesem Schluß auch, wenn man die Sicherungszession nicht der Mandatskategorie unterstellen will. Obige Konsequenz läßt sich auch aus dem Treucharakter des Parteiverhältnisses ziehen. Der Zweck der Zession ist Sicherung des Gläubigers; diesem ist das Wertobjekt nur vorübergehend abgetreten, er soll es erst verwerten, wenn der Zedent in Verzug gerät, dagegen soll er es zurückzedieren, wenn die ursprüngliche Schuld gelöscht ist. Das Verwertungsrecht soll erst mit dem Moment des Schuldverzuges eintreten. Der vornehmste Zweck der Sicherungszession ist, wie schon der Name andeutet, Sicherung durch das abgetretene Recht und nicht Befriedigung des Gläubigers durch Verwertung desselben. Der Fiduziar ist bis zur Fälligkeit der gesicherten Forderung verpflichtet, das Hattobjekt in treuen Händen im Interesse des Zedenten zu halten. Gegen das pactum fiduciae vorgenommene Verfügungsakte sind zwar gültig und bleiben bestehen, nur ist der Gläubiger, der sie vertrauenswidrig vorgenommen hat, dem Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet.

§ 15.

Schluß.

Bei einer Gegenüberstellung dieser beiden Sicherungsmittel, der Bestellung und der Abtretung einer Grundschuld zum Zwecke der Sicherung einer Forderung, zeigen sich mannigfache Ähnlichkeiten, die insbesondere bei der Verfügungsbefugnis des Gläubigers über das Haftobjekt in beiden Fällen deutlich zutage treten. Wenn auch in dem Falle der Bestellung einer Grundschuld zur Sicherung einer Forderung der Gläubiger bezüglich der Verfügungsbefugnis grundsätzlich freier gestellt ist als bei der Sicherungszession, so lassen sich doch eine Reihe von Fällen denken, wo auch die Weiterveräußerung der zur Sicherung bestellten Grundschuld sich als ein Vertrauensbruch des Gläubigers gegenüber dem Schuldner darstellen wird. Man denke hier nur an den Fall, daß die Grundschuld zu einem höheren Betrage bestellt wird, als die zu sichernde Forderung beträgt. Man sieht also, daß auch in die Bestellung einer Grundschuld zur Sicherung einer Forderung fiduziarische Momente hineinspielen. Von der Sicherungszession unterscheidet sie sich, wie schon der Name sagt, dadurch, daß es sich hier um die Begründung eines Rechts, dort um die Übertragung eines Rechts handelt. In der Literatur¹⁾ werden auch diese Geschäfte, bei denen es sich um die Begründung eines Rechts handelt, z. B. auch die Ausstellung eines Kautionswechsels, vielfach als fiduziarische bezeichnet. Die beiden Sicherungsmittel gleichen sich ferner noch besonders in dem Punkte, daß beide eine gewisse Gefahr für den Schuldner mit sich bringen. Bezüglich der Bestellung einer Grundschuld zur Sicherung einer Forderung ist bereits oben bemerkt worden, daß der Schuldner dieses Risiko vermeiden kann, wenn er

¹⁾ vgl. Regelsberger im Arch. S. 172/73.

sich der Hypothekenbestellung bedient, wodurch er in den meisten Fällen denselben Zweck erreicht. Die Gefahren, die die Sicherungszession in sich birgt, rühren meistens davon her, daß die Lehre von den fiduziarischen Geschäften gesetzlich nicht geregelt ist. Allerdings könnte man auch hier einwenden, daß der Schuldner sich ja des vom Gesetz eigens zu diesem Zwecke geregelten Instituts des Pfandrechts bedienen könne. Die Sicherungszession aber hat sich, wie die fiduziarischen Geschäfte überhaupt, zu einem wirtschaftlich notwendigen Rechtsinstitut entwickelt, durch die der Schuldner den Zweck der Sicherung besser erreichen kann als durch eine Verpfändung. Eine wirkliche Abhilfe der Gefahren könnte hier nur durch eine Spezialgesetzgebung erfolgen.

Lebenslauf.

Ich, Heinrich Schieb, wurde am 2. Juli 1888 in Katscher, Kreis Leobschütz, geboren als Sohn des Kaufmanns Johann Schieb und seiner Ehefrau Anna geb. Qualek in Katscher, bin katholischer Religion und preussischer Staatsangehörigkeit. Ich besuchte von Ostern 1898 bis Ostern 1902 das Pädagogium in Katscher, darauf das Gymnasium in Leobschütz, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnisse der Reife verließ. Ich widmete mich dem Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten München (2), Berlin (2) und Breslau (2). Am 13. Oktober 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung und am 4. November 1910 das Rigorosum. Darauf war ich als Referendar am Kgl. Amtsgericht in Katscher und am Kgl. Landgericht in Neiße beschäftigt. Gegenwärtig genüge ich meiner aktiven Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger bei dem Fußartillerie-Regiment von Dieskau (Schl.) Nr. 6 in Neiße.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Geheimen Justizrat Dr. Leonhard und Herrn Professor Dr. Schott für ihre gütige Unterstützung bei Abfassung dieser Arbeit.

